

Dnia 15 października 2009 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Wydział XXIII Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Bolesław Wadowski
Sędziowie SSO Bernard Litwiniec (spr.)

SSO Jolanta Stepień - Kordiał

Protokolant Sylwia Adamczyk

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2009 r. w Warszawie na rozprawie

spraw)' ze skargi BIS MainServ Sp. z o.o. w Warszawie

z udziałem przeciwnika skargi Vattenfall I leat Poland SA w Warszawie
i interwenienta ubocznego po stronie przeciwnika skargi Grupy POWLN -
WAFAPOMP SA w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2009 r. sygn.akt
KIO/UZP 835/09

I. oddała skargę,

II. zasądza od BIS MainServ Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Vattenfall Heat
Poland SA w Warszawie 617 zł (sześćset siedemnaście złotych) tytułem
kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym,

III. zasądza od BIS MainServ Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Grupy PO WEN
- WAFAPOMP SA w Warszawie 617 zł (sześćset siedemnaście złotych)
tytułem kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym.

f ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY

' ■'/zaygodność _

\\■\

Jadowy

Krysfiyhcl [Orłowski'

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wymianę agregatów pompowych wody zasilającej 71'X I, 8PZ - I, 9PZ - 1, 10PZ — 1 kotłów blokowych w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie”, prowadzonym przez zamawiającego Vattenfall Ilcat Poland S.A. w Warszawie, wyrokiem z dnia 16 lipca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez HIS MainServ Sp. z o.o. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Vattenfall Heat Poland w Warszawie protestu z dnia 28 maja 2009 r.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż odwołanie rozpoznaje wyłącznie w granicach protestu, co oznacza, że zarzuty podnoszone przez odwołującego, wykraczające poza granice protestu, nie stanowiły przedmiotu orzekania Izby.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zamawiający, rozstrzygając protest oddalił go w części, tj. w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, uznając, że odrzucenie było w pełni zasadne, gdyż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, przy całkowitym braku możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co uzasadnia zastosowanie w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w zakresie zarzutów naruszenia zasady udzielania zamówień publicznych, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, a także w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 7 Pzp. Uwzględnił zaś protest w części dotyczącej zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców - Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. i PETRO Eltech Sp. z o.o., na podstawie art. 24 ust.1 pkt 10 i również na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp wykonawcy - Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A., uznając, że zachodzi

potrzeba uzupełnienia dokumentów i zażądania wyjaśnień w zakresie treści dokumentów złożonych w ofertach wykonawców. Zawiadomił wykonawców, że po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu powtórzy czynność badania i oceny ofert.

Skarżący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował rozstrzygnięcie protestu w całości, twierdząc, że nie jest zasadne w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego, odmówienia odrzucenia oferty wykonawcy PETRO Eltech Sp. z o.o. oraz wzywania pozostałych dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu Vattenfall Heat Poland SA. z siedzibą w Warszawie, dokonanie i zaniechanie czynności w sposób niezgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, przez naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych, określonej w art. 7 ust. tj. przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty BIS MainServ Sp. z o.o., której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie siwz; naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2, przez zaniechanie wykluczenia Grupy POWEN-WAPAPOMP S.A. z postępowania; naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, przez zaniechanie wykluczenia Pif IRC) Eltech Sp. z o.o. z postępowania; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, przez zaniechanie odrzucenia oferty PETRO Eltech Sp. z o.o., której treść jest niezgodna z treścią SIWZ; art. 89 ust. 1 pkt 7, przez

zaniechanie odrzucenia oferty PETRO Eltech Sp. z o.o.; art. 91 ust. 1, przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez BIS MainServ Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert i jej powtórzenie oraz wybór oferty najkorzystniejszej odwołującego lub alternatywnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wyjaśnienia zamawiającego, gdyż zamawiający jeszcze nie dokonał ani zaniechał dokonania czynności związanych z powtórzeniem oprotestowanych czynności, jako następstwa częściowego uwzględnienia protestu; zamawiający nie może wykluczyć wykonawców, nawet uwzględniając protest, bez uprzedniego wyczerpania obligatoryjnego trybu wezwania wykonawców do złożenia

oświadczeń lub dokumentów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów - zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp; na czynności zamawiającego, będące skutkiem powtórzenia oprotestowanych czynności, będą przysługiwały wykonawcom środki ochrony prawnej, o których mowa w dziale VI Pzp; zarzuty związane z czynnościami, jak wyżej, nie są objęte granicami protestu, wniesionego w dniu 29 maja 2009 r., zatem ich rozpoznanie wiązałoby się z naruszeniem art. 191 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając wniesione odwołanie w zakresie wymogu wykazania przez odwołującego doznania lub możliwości doznania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia przez naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego, stwierdziła, że zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym na rozprawie, odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu protestu i odwołania wyłącznie w zakresie kwestionowania czynności zamawiającego, dotyczących odrzucenia jego oferty, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp w podważaniu ofert pozostałych dwóch wykonawców, które w wyniku oceny ofert uzyskiwałyby niewątpliwie niższą punktację niż oferta odwołującego. Nie została zatem spełniona przesłanka skutecznego wniesienia odwołania w tym zakresie, co skutkowało jego oddaleniem, bez konieczności merytorycznego rozpoznania zarzutów odnoszących się do tych ofert.

Odnosnie zarzutów dotyczących bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego KIO stwierdziła, że nie udowodnił on, iż odrzucenie oferty było niezgodne z przepisami Pzp w zakresie dwóch zarzutów - zaoferowania dwóch różnych pomp i silnika o sprawności niższej, niż wymagał tego zamawiający.

W ocenie KIO zaoferowane przez odwołującego pompy, nie były pompami jednakowymi, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, co świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nadto zamawiający zażądał w SIWZ podania sprawności silnika o parametrach - minimum 97%, zaś odwołujący podał w ofercie sprawność trójfazowego silnika indukcyjnego typu Sfw710-21)1-’ wynoszącą 96,9%. KIO stwierdziła, iż nie można uznać, że jest to omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Z ustaleń KIO odnośnie mocy silnika, która odnosi się proporcjonalnie do jego sprawności, wynika, iż oferta odwołującego w tym zakresie nie odpowiadała oczekiwaniom zamawiającego. Niniejsza sprawność silnika zaoferowana przez odwołującego świadczy o zaoferowaniu silnika o znacznie niniejszej mocy znamionowej niż 100%.

Dokonując powyżej przedstawionych ustaleń stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza uznała odwołanie za niezasadne i zaskarżonym wyrokiem z dnia 16 lipca 2009 r. oddaliła odwołanie.

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej złożył BIS MainServ Sp. z o.o. w Warszawie, zaskarżając wyrok w całości. Wyrokowi zarzucił:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj.

- a) naruszenie art. 191 ust 3 ustawy PZP poprzez nierozpoznanie wszystkich zarzutów podniesionych przez Skarżącego w proteście z dnia 29 maja 2009r. odwołaniu,
- b) naruszenie art. 179 ust 1 ustawy PZP poprzez ustalenie, że Skarżący miał interes prawny wyłącznie w zakresie kwestionowania czynności zamawiającego dotyczących odrzucenia jego oferty, oraz że nie miał interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania,

2. naruszenie art. 192 ust 2 ustawy PZP poprzez niewskazanie dowodów, na których Izba się oparła oraz przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej;

3. naruszenie przepisów[^] postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj. art. 188 ust 7 ustawy Pzp polegające na błędnym ustaleniu faktycznym, że:

- a) zarzuty odwołania wykraczały poza granice zarzutów zawartych w proteście, podczas, gdy zarzuty odwołania były identyczne jak zarzuty zawarte w proteście rozszerzone jedynie o dodatkową argumentację;
- b) przedmiotem odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu pozostałych dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, podczas gdy Skarżący nie zarzuca! Zamawiającemu błędnego dokonania tych czynności;
- c) Skarżący zaoferował dwie różne pompy, przez co treść jego oferty jest niezgodna z treścią SI WZ,
- d) Skarżący zaoferował silnik o znacznie mniejszej mocy znamionowej niż 100% co przesądza, że oferta Skarżącego w tym zakresie nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ),
- e) specyfikacja techniczna silnika złożona przez Skarżącego w trakcie rozprawy „wykazała”, że omyłka Skarżącego nie jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodująca istotnych zmian treści oferty,
- f) ze specyfikacji technicznej silnika złożonej przez Skarżącego w trakcie rozprawy może wynikać pewna manipulacja danymi.

Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi, zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i rozpatrzenie przez Sąd sprawy co do istoty zgodnie z art. 198 ust. 2 zdanie drugie PZP, a w konsekwencji uwzględnienie odwołania oraz o obciążenie Przeciwnika Skargi kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym wg norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający Vattenfall Heat Poland S.A. wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania przed Sądem, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Grupa POWEN-WAFAPOMP S.A. w Warszawie, który

wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz interwenienta ubocznego kosztów procesu wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga BIS MainScrv Sp. z o.o. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska skarżącego dotyczącego naruszenia prawa materialnego w zakresie art. 191 ust 3 ustawy PZP poprzez nierozpoznanie wszystkich zarzutów' podniesionych przez Skarżącego w proteście z dnia 29 maja 2009r. i odwołaniu oraz art. 179 ust 1 ustawy PZP poprzez ustalenie, że Skarżący miał interes prawny wyłącznie w zakresie kwestionowania czynności zamawiającego dotyczących odrzucenia jego oferty, oraz że nie miał interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania.

KIO prawidłowa wskazała, że ograniczyła się do rozpoznania odwołania wyłącznie w

granicach protestu. Uzasadnienie wyroku w sposób wystarczający i przekonywujący wykazało szczegółowy zakres rozpoznania odwołania. Słusznie wskazano, że zamawiający uwzględnił częściowo protest, co nie dawało podstaw do rozpoznania zarzutów protestu w tej części. KIO zasadnie też wskazała, że skoro cena oferty odwołującego się była najniższa, to w sytuacji uwzględnienia jego odwołania bez znaczenia byłaby ocena ważności ofert pozostałych wykonawców, którzy niewątpliwie uzyskaliby niższą punktację aniżeli jego oferta. Trzeba także podzielić stanowisko KIO w zakresie odmowy uznania interesu skarżącego w zakresie, w jakim domagał się unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 Pzp. Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska, że wykonawca nie ma interesu prawnego w żądaniu unieważnienia postępowania tylko z tego powodu, że liczy na ewentualnie korzystniejszy udział w następnym postępowaniu. Z wyżej wymienionych względów nie zachodziła zatem konieczność merytorycznego rozpoznania zarzutów dotyczących ofert pozostałych wykonawców.

Bezzasadny jest zarzut skarżącego odnoszący się do naruszenia art. 192 ust 2 ustawy PZP poprzez niewskazanie dowodów, na których Izba się oparła oraz przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej. W skardze nie zostały przedstawione konkretne dowody, które miałyby zostać bezzasadnie pominięte przez KIO, co miałooby skutkować błędnym jej rozstrzygnięciem. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wystarczające omówienie zebranego w sprawie materiału dowodowego. KIO odniosła się zwłaszcza do SIWZ i porównała ją z ofertą odwołującego się.

Sąd Okręgowy nie podziela zarzutów skarżącego dotyczących naruszenia przepisów postępowania, mającego istotny wpływ na treść orzeczenia.

Jak wyżej wskazano nie ma podstaw do kwestionowania tych ustaleń KIO, które stwierdzały, że zarzuty odwołania wykraczały poza granice zarzutów zawartych w proteście. Nie jest uprawnione stanowisko, że zarzuty odwołania były identyczne jak zarzuty zawarte w proteście. Dodatkową argumentację, o jakiej mowa w skardze, w istocie należało ocenić jako nowe zarzuty. Dotyczyły one zresztą ofert pozostałych wykonawców, a w tej kwestii, jak już wyżej zostało stwierdzone, skarżący nie wykazał interesu prawnego. Skarżący podniósł, że KIO bezzasadnie uznała iż przedmiotem odwołania była czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu pozostałych dwóch wykonawców do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, podczas gdy skarżący nie zarzucał zamawiającemu błędnego dokonania tych czynności. Ta kwestia nie ma jednak istotnego znaczenia dla oceny słuszności zakwestionowanego wyroku.

Całkowicie chybione są zarzuty skarżącego w zakresie, w jakim zarzucał KIO błędne uznanie, że skarżący zaoferował dwie różne pompy, przez co treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ oraz, że skarżący zaoferował silnik o znacznie mniejszej mocy znamionowej niż 100% co przesądza, że oferta skarżącego w tym zakresie nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego (treść oferty nie odpowiada treści SIWZ).

Analiza treści oferty skarżącego nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zaoferował on dwie różne pompy, a zatem nie były to jednakowe agregaty pompowe, o jakich mowa w SIWZ. Zostały one wymienione jako dwie odrębne pozycje w ofercie. Bezzasadnie skarżący powołuje się, że zamawiający powinien co najmniej nabrać wątpliwości, czy skarżący oferuje dwie jednakowe pompy. To, że ten ostatni oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona zgodnie z wymogami zamawiającego nie dawało jeszcze wystarczających podstaw do takiego stanowiska. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie jednoznacznej oferty, a skutki braku spełnienia tego wymogu, nie mogą w żaden sposób obciążać zamawiającego, jak chciałby skarżący. Nie może także przekonywać argumentacja skarżącego odnosząca się do błędnego ustalenia faktycznego KIO, iż ten zaoferował silnik o znacznie mniejszej mocy znamionowej niż 100%, a zatem nie spełniał on wymogom określonym w SIWZ. Nie jest zwłaszcza przekonywujące powoływanie się na rzekomą pomyłkę w odniesieniu do podanej w ofercie sprawności silnika w wysokości 96,9%. Treść oferty była jednoznaczna, a skutki podania omyłkowych danych muszą obciążać wykonawcę, a nie zamawiającego. Powyższe ustalenie powoduje, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest

zarzut dotyczący błędnego ustalenia przez KIO, że specyfikacja techniczna silnika złożona przez skarżącego w trakcie rozprawy „wykazała”, że omyłka skarżącego nie jest inną omyłką polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującą

istotnych zmian treści oferty, a także zarzut, że ze specyfikacji technicznej silnika

złożonej przez skarżącego w trakcie rozprawy może wynikać pewna manipulacja danymi. Bezzasadnie powołuje się skarżący, że jego omyłka jest inną omyłką w rozumieniu art.87 ust 2 pkt 3 Pzp. Poprawienie omyłki powodowałoby bowiem istotną zmianę w treści oferty skarżącego.

Mając powyższe na uwadze z mocy art. 198.2 Prawa o zamówieniach publicznych orzeczono jak wyżej.

O kosztach postępowania sądowego postanowiono w myśl art. 198.5 tej ustawy.

**; ' ■ ..NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY
za zgodność**

SEK!

,DOWY